交易个人数据的伦理问题

黄鹏

（复旦大学哲学学院，上海 200433）

摘要：“数据二十条”突出了数据使用权，淡化了数据所有权的概念。在数据交易的过程中，如何平衡个人信息人格利益和财产利益成为一个需要考虑的问题。本文以“个人数据”的提法替代“个人信息”，凸显财产属性。个人信息权益作为一项人格权，内含人的尊严、隐私、预防风险、利益平衡等伦理考量，并可区分为敏感个人数据和非敏感个人数据。非敏感个人数据可以交易，理由包括：风险可控，不易损害人的尊严；增加社会整体福利。敏感个人数据以禁止交易为原则，以交易为例外。

关键词：个人信息权益；个人数据；个人数据可交易性；个人数据伦理

1. 问题的提出

2022 年 12 月，中共中央、国务院发布《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》（以下简称“数据二十条”）。数据二十条提出建立数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权等分置的产权运行机制。普遍认为，三权分置的提法淡化了“数据所有权”概念，更突出数据的使用和流通。在这种数据流通的产权机制下，个人信息作为数据交易时，是否会损害个人信息权益所要捍卫的伦理价值？这种交易本身是否要遵从某种伦理规范？在数据流通和人格利益保护之间如何取得平衡？

2. 关于个人数据的伦理

2.1 个人数据的概念

2021 年施行的民法典明确了一种新的人格权：个人信息权益；个人信息指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息。可以注意到，在民法典的表述中，一般人格权经常以“生命权”“健康权”“姓名权”“肖像权”这样“某某权”的表述方式，但是到了个人信息，却以“个人信息保护”表述，到了之后的个人信息保护法，也是以“个人信息权益”的表述。这种表述反映了立法者对自然人如果对个人信息绝对支配和控制，会影响数据流通的担忧；所以采取稳健策略，刻意在文字上淡化处理人格属性，突出财产属性。[1]

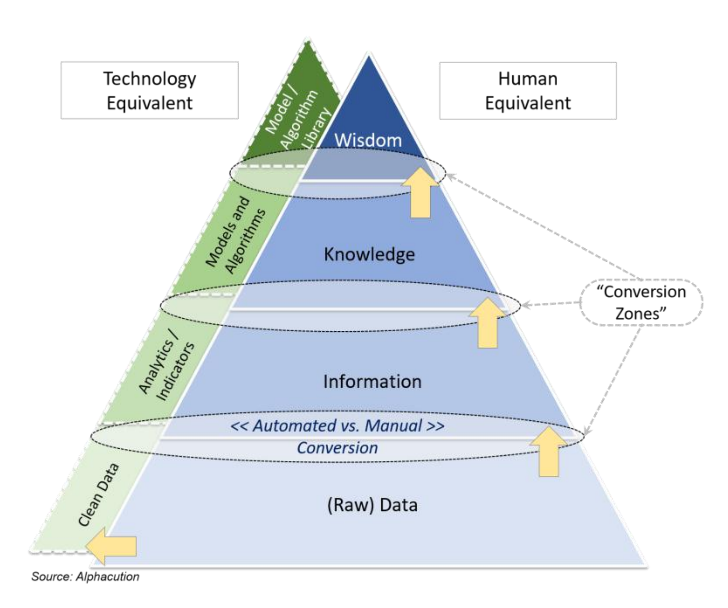
本文“个人数据”的概念等同于“个人信息”，欧盟 《统一数据保护条例》“个人数据”（personal date）概念即和我国民法典“个人信息”概念基本一致。个人信息权益包含人格

---

[1] 王利明.《个人信息保护法》和《民法典》的关系——在法治与改革高端论坛（2021）上的讲话[EB/OL]. 2021 年 12 月 17 日[2023 年 12 月 24 日]. http://www.ghls.zju.edu.cn/ghlscn/2021/1218/c13708a2452649/page.htm.

利益和财产利益两方面内容，[2]但是使用“数据”一词 ，更能强调财产属性的一面。

关于信息和数据的区别，在信息论之父香农 1948 年发表的论文《通信的数学理论》中，他认为，“信息”泛指一切能够消除不确定性的东西；消除了冗余的数据可以成为信息。在知识管理领域，有学者提出 DIKW（Data、Information、Knowledge 及 Wisdom）金字塔体系，按照理解程度划分为数据、信息、知识、智慧 4 个层次。罗素 • 艾可夫在 1989 年写的 *From Data To Wisdom 写到*：一盎司信息胜过一磅数据，一盎司知识胜过一磅信息，一盎司的理解胜过一磅的知识。[3]“数据与信息、知识和智慧三者的区别主要在于它是原始的，彼此分散孤立的、未被加工处理过的记录，它不能回答特定的问题。”[4]“数据”相对“信息”，是缺乏意义和价值的原始材料，更适合用来描述作为纯客观的财产物。从法律文件的表述看，民法典第一百二十七条规定：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”数据安全法第三条第一款规定：“本法所称数据，是指任何以电子或者其他方式对信息的记录。” 这里的“数据”都不包含任何人格属性。



图一：DIKW 体系[5]

当然，我们在使用“个人数据”时，不是在这种严格意义上界定“数据”的概念，仅仅是为了突出财产性的一面。2021 年 7 月 6 日，深圳出台的国内数据领域首部区域综合性立法——《深圳经济特区数据条例》，也以“个人数据”取代了“个人信息”的提法。本文叙

---

[2] 彭诚信.论个人信息的双重法律属性[J].清华法学, 2021, 15(6):20.
[3] Ackoff R L. From data to wisdom[J]. Journal of applied systems analysis, 1989, 16(1): 3-9.
[4] 荆宁宁,程俊瑜.数据、信息、知识与智慧[J].情报科学,2005(12):1786-1790.
[5] Paul Rowady. DIKW hierarchy w Automation Equivalent_20180301[EB/OL]. [2023 年 12 月 24 日]. https://alphacution.com/the-decay-of-knowledge-in-douchebagistan/dikw-hierarchy-w-automation-equivalent_20180301-2/.

述中，除需要特别关联人格利益的内容使用“个人信息”一词；其他部分使用“个人数据”一词。

根据个人信息保护法，个人数据是与已识别或者可识别的自然人有关的各种数据。个人数据包括四个要素：1.自然人，包括一定条件下的死者和胎儿个人数据；2.已识别或者可识别的自然人，即已经被识别及能够单独或者与其他信息相结合识别特定的自然人；3.有关的数据；4.被匿名化处理后数据不属于个人数据，匿名化指个人信息经过处理无法识别特定自然人且不能复原的过程。

2.2 敏感个人数据

个人数据按照不同标准有不同的分类方式。[6]如按照是否直接识别自然人分为直接个人数据、间接个人数据；按照数据用途分为通信数据、财务数据、医疗数据、教育数据、信仰数据、基因数据等；与生活密切关系分为生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹数据；按照个体性强弱分为个体性强的个人数据和个体性弱的个人数据[7]。本文要解决的问题，是个人数据的交易相关伦理问题，因此，划分标准应该是涉及人格利益的强弱；考虑到问题的解决，也应该尽可能和现行法律制度协调。个人信息保护法首次在法律上提出了“敏感个人信息”的概念，即“一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息”。按照是否敏感信息，可将个人数据分为敏感个人数据和一般个人数据。根据个人信息保护法第 28 条，敏感个人数据包括但不限于：生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息，以及不满十四周岁未成年人的个人信息。

2.3 个人信息的伦理考量

伦理学思考人如何成为人，如何处理人与人、人与社会、人与自然的关系，讨论“善”“正义”“公平”的命题。个人信息与人密切相关，不当使用个人信息，会给人造成负面影响；反之利用得当，则扩大人的自由，帮助人的完善。在个人信息成为一项人格权的过程中，有一些重要的伦理考虑，如“人的尊严”“隐私”“预防风险”“利益平衡”。这些考虑之间并非完全独立，如“人的尊严”同样是其他考虑的思考基础。每个概念都有复杂的，甚至不那么清晰的形成历史和内涵。但作为应用伦理的立场，形成共识和主流的伦理观念都可以作为判断基石。而这四组概念，都是主流个人信息政策中主要的伦理考量。

2.3.1 人的尊严

一列失控的列车前方有五个人，你在天桥上恰好可以通过将一个胖子推下去让列车出轨，

---

[6] 韩旭至.个人信息类型化研究[J].重庆邮电大学学报(社会科学版),2017,29(04):64-70.

[7] 项定宜,申建平.个人信息商业利用同意要件研究——以个人信息类型化为视角[J].北方法学,2017,11(05):30-39.

挽救那五个人生命，你应该如何选择？有五名患者都需要一种器官进行移植，否则即将死亡，外科医生可以从健康人身上取器官挽救五个人吗？这是“电车难题”的两个版本。康德认为人人都具有内在的价值或尊严，因为他们的理性自主权；所以人应该被视为目的而不是手段。二战后，对战争的反思促使人格尊严作为法律重要的伦理基础，如 1948 年《世界人权宣言》第一条：“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等。”我国宪法第三十八条：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。”在欧洲和我国，都基于人的尊严发展出了一般人格权的法律制度，并且最开始通过隐私权的制度，来对个人信息进行保护。

1982 年，德国联邦政府颁布了《人口普查法》，计划全面收集公民个人信息，包括人口、职业和住所等个人数据。有人认为此举违反了宪法，因此提起诉讼，要求宣布该法违宪。经过审理，德国联邦宪法法院以判例形式确立了“信息自决权”的概念。这个案例是欧洲建立个人信息人格权的肇始。在欧洲随后的不断立法发展中，个人信息权逐渐成为一项独立的人格权。欧盟《统一数据保护条例》和我国个人信息保护法，都将人的尊严作为重要的立法价值，并脱离隐私权，创设个人信息权进行保护。

2.3.2 隐私

19 世纪末，美国学者塞缪尔·沃伦，鉴于夫人私生活经常被媒体报道，于是和律师路易斯·布兰代斯在《哈佛法律评论》杂志上发表了《论隐私权》，首次提出了“隐私权” 的概念，并将其定义为“个人独处的权利”。1948 年《世界人权宣言》第 12 条、1950 年《欧洲人权公约》第 8 条、1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第 17 条都规定了隐私权。

与大陆法系国家不同，美国的隐私法律体系庞杂，通过判例形成一种“大隐私”的法律概念，接近我国一般人格权的范畴；个人信息被作为“信息隐私”进行保护。

在我国，“隐私”是人格权中的其中一种。民法典在第四篇“人格权”之第六章，并列规定了“隐私权和个人信息保护”，显示了两种人格权之间紧密的联系。民法典规定，隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息；其中私密信息可以落入个人信息范畴。虽然如此，基于美国强大的影响力，在法律文件之外，扩大化使用法律“隐私”概念的情况十分常见，如所谓“隐私协议”的称呼，实际上是指个人信息保护协议。即便不考虑大隐私概念的流行，“隐私”作为一种消极自由权，也让其在中国个人信息政策有独立的伦理考量价值。[8]

2.3.3 预防风险

乌尔里希·贝克提出：现代社会是一个风险社会；这种不确定的、日益增加的全球化

---

[8] 例如我们在谈论信息全景监狱时，“个人信息”太弱，“人的尊严”太强，隐私似乎是个合适的防御性概念。

风险， 让社会产生安全的需求。[9]“预防原则”最先在70年代德国环境法中提出，并通过德国的引荐，逐渐进入到国际环境法领域，其核心理念是“不以科学不确定为不行动或迟延行动的理由”，决策在不确定中，安全好过后悔。[10]面对类似的困境，预防原则越来越多被应用在科技治理领域。[11]而对个人信息的滥用，可能会导致诈骗、网络暴力、隐私泄露、歧视、人身安全、盗窃、资本监控、权力控制、人的物化等等问题。欧盟《通用数据保护条例》多次提到风险概念，被认为采用了“基于风险的方法”（risk-based approach）。我国个人信息保护法第 11 条：“国家建立健全个人信息保护制度，预防和惩治侵害个人信息权益的行为. . . . . . ”也被学者认为是预防原则的体现。[12]个人信息保护法建立了一套预防风险的制度措施，如内控、个人信息保护负责人、合规审计、个人信息保护影响评估等。

2. 3. 4 利益平衡

耶林认为，法律的目的在于谋求社会利益；“利益法学之父”赫克认为，“法律是共存于各个法律共同体并为获得认可而相互竞争的物质的、民族的、宗教的和伦理等方面的利益的合力。”[13] 这一点，和规范伦理的主张不谋而合。[14]

如果是数据被称为石油，那么个人数据可以说是原油。社会对数据流通的需求至少和保护个人人格一样强烈。大数据、人工智能等新兴技术的快速发展，推动了数据日益成为一种新的生产要素。数据二十条的出台，更是激发了数据交易市场的热情。根据上海数据交易所《2023年中国数据交易市场研究分析报告》[15]，2021—2022年中国数据交易行业市场规模由617.6 亿元增长至876.8亿元，年增长率约为42.0%，预测2025—2023年复合增长率约为20.3%。

与此同时，数据安全的问题也越发严峻。Facebook 超过 5000 万用户信息数据被泄露用于“剑桥分析”推送竞选宣传广告；滴滴公司因存在严重影响国家安全的数据处理活动被处罚 80.26 亿元；中国公民个人信息泄露遭境外披露兜售[16]；中国裁判文书网也部分因为数据安全问题大幅度削减文书上网规模[17]……

对人格利益、数据流通利益、数据安全利益进行平衡的观念体现在法律中。[18]欧盟《通

9 章国锋.反思的现代化与风险社会——乌尔里希·贝克对西方现代化理论的研究[J].马克思主义与现实,2006(01):130-135.

10 金慧华.预防原则在国际法中的演进和地位[J].华东政法学院学报,2005,(06):48-53.

11 [英]罗杰·布朗斯沃德，埃洛伊斯·斯科特福德，凯伦·杨. 牛津法律、规制和技术手册[M]. 2021 年 12 月第 1 版. 北京：中国社会科学出版社，2021 年 :538-551.

12 张涛.风险预防原则在个人信息保护中的适用与展开[J].现代法学,2023,45(05):52-72.

13 杜江,邹国勇.德国“利益法学”思潮述评[J].法学论坛,2003(06):91-94.

14 吕耀怀.规范伦理、德性伦理及其关联[J].哲学动态,2009(05):29-33.

15 上海数据交易所. 中国数据交易市场研究分析报告（2023 年）[EB/OL]. [2023 年 12 月 25 日]. http://www.cbdio.com/BigData/2023-11/30/content_6175784.htm.

16 网信上海. 公民个人信息泄露遭境外披露兜售，上海市一政务信息系统技术服务公司被行政处罚[EB/OL]. [2023 年 12 月 25 日]. https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_24623494.

17 光明网. 裁判文书网何去何从？最高法回应[EB/OL]. [2023 年 12 月 25 日]. https://m.gmw.cn/2023-12/22/content_1303609124.htm.

18 仅列其要，还有很多其他利益需要兼顾；如个人信息保护法第 13 条提到的人力资源管理、履行法定职

用数据保护条例》第 1 条第 1 款规定："本条例制定关于处理个人数据中对自然人进行保护的规则，以及个人数据自由流动的规则。"我国数据安全法第一条规定："为了规范数据处理活动，保障数据安全，促进数据开发利用，保护个人、组织的合法权益，维护国家主权、安全和发展利益，制定本法。"个人信息保护法第一条规定："为了保护个人信息权益，规范个人信息处理活动，促进个人信息合理利用，根据宪法，制定本法。"

3. 个人数据的可交易性

人格权概念的产生是为了捍卫人的尊严，因此人格权不得放弃、转让或者继承[19]。与此同时，人格权包含财产属性，典型如肖像、声音、姓名等人格要素，通过授权等方式，已经得到了广泛的商业化运用，而另一些诸如人体器官、人体细胞、人体组织、身体、健康、名誉等则被禁止商业化。民法典在协调人格权精神利益和经济利益方面，确立了两条原则：1. 精神利益为核心；2. 精神利益优于经济利益。[20]对于个人数据而言，目前认为可以交易[21]的理由主要包括：法律没有禁止、信息自决、具有经济价值。然而这些理由并没有在本质上回应为什么有些人格权要素被禁止交易，有些可以交易。

本文主张，首先，非敏感个人数据可以交易。主要理由有：

一、风险可控，不易损害人的尊严。以互联网用户的历史点击行为、观看时长、浏览历史、关注情况等数据为例。要使用这些数据服务抖音等应用的个性化推荐功能，抖音需要取得个人的知情同意；公开个人信息处理规则，明示处理的目的、方式和范围；保证个人信息的质量；个人信息的保存期限应当为实现处理目的所必要的最短时间；采取必要措施保障所处理的个人信息的安全，如指定个人信息保护负责人、定期合规审计、事前个人信息保护影响评估、算法备案；接受网信部门监管，违法时承担法律责任。个人有权撤回其同意，对数据处理有知情权、决定权、查阅复制权、转移权、请求更正补充权、删除权、要求解释说明权。这些权利义务框架和监管措施，可以降低可能的社会危害性。

二、增加社会整体福利。通过对个人数据的利用，我们使用到了更好用的互联网产品，如抖音短视频、网易云音乐、今日头条。而传统金融系统不容易覆盖的个人信贷需求，在利用消费、还款、逾期记录等个人数据进行征信评估的基础上，也得到更广泛地满足。通过精准营销，个人可以获得个性化的产品推荐。智能产品根据我们所处的状态触发对应的功能：健康提醒、免打扰、运动统计、睡眠分析。公众人物和专家通过个人数据交易也能取得更多的商业回报。动作演员将自己的武术动作数据化、明星将自己的声音、形象特征数据化、画

责或者法定义务、自然人的生命健康和财产安全、新闻监督等等。

[19] 民法典第 992 条。

[20] 程啸.论人格权的商业化利用[J].中国法律评论,2023(01):42-56.

[21] "交易"指的不是所有权转让，而是通过"知情同意"方式，取得对价；这种对价可以是货币，也可以是某种使用利益，如使用人脸数据进行身份验证。

家将作品风格数据化，都能创造不菲的价值。这种让渡自己部分个人信息权利，从而所有人都能获益——虽然程度不同——的契约安排，符合罗尔斯作为公平的正义观念。

其次，对于敏感个人数据，应该以禁止交易为原则，允许交易为例外。主要理由有：

一、风险大于收益。

（1）正如其定义，敏感个人数据一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害。敏感个人数据的非法交易不久前是一个非常庞大的地下产业，“年产值”近千亿。[22]至今也是一个治理顽疾。全面放开敏感个人数据商业化，犯罪分子将会想方设法（利诱知情同意、控制商业实体等等）“合法”获得数据，最终用于非法用途。即便通过民法、行政法、刑法，可以对数据处理活动严加监管，但损害一旦发生就是不可逆的，数据无限复制的特点，也让公众面临不确定的重大风险，“安全好过后悔”。

（2）其他非交易方式的使用，已经满足了公共利益的需求。以下情况下，无须知情同意，便可使用个人敏感数据：为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需；为履行法定职责或者法定义务所必需；为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需；为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，在合理的范围内处理个人信息；依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息；法律、行政法规规定的其他情形。

（3）技术的发展，让“原始数据不出域、数据可用不可见”成为可能。隐私计算是“在保护数据本身不对外泄露的前提下实现数据分析计算的一类信息技术，是数据科学、密码学、人工智能等众多技术体系的交叉融合”[23]，主要包括多方安全计算、同态加密、联邦学习等技术方案。隐私计算技术逐渐成熟并成为目前市场热点话题，已经产生很多应用场景；预计2025 年，我国隐私计算行业基础产品服务市场规模将达到 95.9 亿元。[24]如果隐私计算技术持续发展，可以实现完全匿名化处理，便可在不交易个人敏感数据的情况下，实现近似的利用效果，直接交易个人敏感数据的必要性将大大减弱。

二、允许例外的考虑.

对于什么是敏感个人数据，目前法律给的方案是定义+类型化列举的形式。以人脸信息为例，被认为是敏感个人数据。然而，批评者认为，数据的“敏感度”取决于场景——人脸信息用在手机解锁和支付时，“敏感度”不高；用在商场登记身份、分析购买意向时，“敏感

---

[22] 央广网. 侵犯公民个人信息形成黑灰产业链 相关案件逐年增多[EB/OL]. 2018 年 8 月 23 日[2023 年 12 月 27 日]. https://china.cnr.cn/yaowen/20180823/t20180823_524339396.shtml.

[23] 杨瑞仙,李兴芳,王栋等.隐私计算的溯源、现状及展望[J].情报理论与实践,2023,46(07):158-167.

[24] 隐私计算联盟、中国信通院云计算与大数据研究所. 隐私计算应用研究报告（2023 年）[EB/OL]. 2023 年 8 月 19 日[2023 年 12 月 27 日]. https://dsj.guizhou.gov.cn/xwzx/gnyw/202308/t20230819_81912599.html.

度”很高。海伦. 尼森保姆提出“场景一致性”（Contextual Integrity）理论框架[25]，以不同场景中的合理信息规范作为判断个人数据流通正当性的标准。这种理论具备一定合理性，并得到了运用。在国家网信办 2023 年 8 月发布的《人脸识别技术应用安全管理规定（试行）（征求意见稿）》，即针对不同的使用场景，设置了不同的人脸识别监管要求。上海数据交易所也明确提出了“无场景不交易”的数据交易原则。然而如果作为一项法律政策，“场景一致性”理论失之原则性太强，每个个案都需要结合场景单独判断正当性的话，不具备操作性。

因此，在采取是否“敏感个人数据”作为可交易性判断标准时，也要认识到法律列举的敏感个人数据，有些场景下可能没有那么“敏感”，绝对的禁止并不必要。

[25] (美) 尼森鲍姆 Nissenbaum, Helen.场景中的隐私:技术,政治和社会生活中的和谐[M].法律出版社,2022.